

PRESENTA COMUNICACIÓN AMICUS CURIAE

Señor Juez Federal N° 3:

María Belén Olmos Giupponi, DNI 24.766.207, y **Cristián Delpiano Lira**, Pasaporte N° 13.233.638-5 otorgado por la República de Chile, por nuestro propio derecho, con el patrocinio letrado del Doctor Miguel Ángel Salvay inscripto al Tomo 504º Folio 844 de la CSJN, en el expediente caratulado: **“CRUZ, SILVIA MARCELA Y OTROS C/ MINISTERIO DE ENERGIA Y MINERIA DE LA NACION S/AMPARO AMBIENTAL” (Expte. n° FCB 021076/2016)**, constituyendo el domicilio procesal, a los fines de este recurso extraordinario, en la calle Arturo M. Bas N° 379 Dpto. 16 de la Ciudad de Córdoba, Provincia del mismo nombre, a V.E. decimos:

-I-

OBJETO

Sobre la base de las consideraciones que se detallarán, realizamos la siguiente presentación de conformidad al instituto del *amicus curiae*, con el objeto de acercar al Tribunal consideraciones jurídicas relativas a diversos principios y argumentos de derecho internacional, nacional y provincial de relevancia para la resolución del caso de referencia.

La institución del *amicus curiae* ha tenido amplia aceptación en tribunales internacionales e internos, en especial en causas relativas a la protección de los derechos humanos (v.gr. Corte Interamericana de Derechos Humanos), y en materias de protección del medio ambiente (v.gr. entre otros, Opinión Consultiva relativa a la pesca ilegal del Tribunal Internacional de Derecho del Mar).

En cuanto a la presentación de escritos *amicus curiae* en tribunales internos, cabe citar el caso ambiental “MENDOZA Beatriz Silvia y Otros C/ ESTADO NACIONAL y Otros S/ Daños y Perjuicios” (en adelante, “Matanza – Riachuelo”), en el cual la Corte Suprema de Justicia de la Nación contó con los informes de las organizaciones no gubernamentales FARN, Greenpeace, CELS, Asociación Vecinos La Boca y ACDH.

La finalidad de esta presentación es brindar a V.S. elementos de derecho útiles para su consideración, trascendentales para la decisión del caso en el que se debaten asuntos que resultan de relevancia institucional y de interés público. Como se analizará, es relevante observar la supremacía de las obligaciones del Estado derivadas del Derecho internacional del medio ambiente, su recepción en normas de raigambre constitucional, nacional y provincial.

-II-

LEGITIMACIÓN

La figura del *amicus curiae* (amigo del Tribunal) fue reglamentada mediante la Acordada 7/2013 de la CSJN, que reguló el cauce procesal para la presentación de esta clase de escritos, con el objetivo de “alcanzar los altos propósitos perseguidos de pluralizar y enriquecer el debate constitucional, así como de fortalecer la legitimación de las decisiones jurisdiccionales dictadas por [los tribunales] en cuestiones de trascendencia institucional”¹.

De esta forma, y teniendo presente estos propósitos, es que solicitamos a VS. considere este aporte.

-III-

REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD

Los requisitos esenciales para que una persona física o jurídica participe en esta calidad son:

- 1) Tener una reconocida competencia sobre la cuestión debatida en el pleito;
- 2) Fundamentar el interés público de la causa, e;
- 3) Informar sobre la existencia de algún tipo de relación con las partes del proceso.

- 1) Competencia sobre la cuestión debatida

¹ Acordada 7/2013, considerando 1

Respecto de este requisito, los firmantes de esta presentación cuentan con una vasta trayectoria en el estudio del Derecho internacional público, del Derecho internacional del medio ambiente y del Derecho internacional de los derechos humanos, cuestiones que habilitan para presentar este escrito. Así:

a.- la Dra. **María Belén Olmos Giupponi** es abogada y Doctora en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid, España. Es profesora de Derecho internacional público, Derecho del medio ambiente y Derecho de la Unión Europea de la Universidad Liverpool Hope (Reino Unido). Es autora y editora de libros y artículos en derecho internacional y derecho del medio ambiente, como *Medio ambiente, cambio climático y derechos humanos* (Bogotá, Dike, 2011). Ha sido consultora para varias organizaciones no gubernamentales y la FAO en temas de derecho ambiental y forestal. Tiene vasta experiencia en la presentación de *amicus curiae* en casos de derechos humanos y derecho del medio ambiente, como los casos *Artavia Murillo* y *Chevron*.

b.- El Dr. **Cristián Delpiano Lira** es abogado y Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca, España. Es profesor de Derecho internacional público, Derecho internacional del medio ambiente y de Derecho ambiental de la Universidad Católica del Norte, Chile. Tiene vasta experiencia y publicaciones en materias de Derecho internacional económico, Derechos humanos y Derecho internacional del medio ambiente. Es además, Director del Centro de Estudios en Derecho de los Recursos Naturales (CEDRENA), institución dedicada a la docencia de grado y postgrado, investigación y consultoría en materia de explotación sustentable de recursos naturales y medio ambiente.

2) Interés público de la causa y de los firmantes

El carácter público de un interés está ligado a sus posibilidades de proyección sobre temas de trascendencia comunitaria. En lo que respecta a los firmantes, el interés radica en el hecho que ambos se abocan a la tarea de resolver o mejorar distintas cuestiones relacionadas con el buen funcionamiento del Estado de Derecho y la vigencia de los derechos consagrados en el Derecho internacional de los derechos humanos, y en el cumplimiento de las obligaciones ambientales derivadas de la normativa nacional e internacional. Se procura así afianzar la cultura jurídica e institucional, los valores democráticos y la vigencia de los derechos fundamentales, la preservación del ambiente y el desarrollo sustentable y su institucionalidad, así como también contribuir al control de los actos de gobierno y la trasparencia de la función pública.

Por último, las cuestiones que se debaten en el presente caso poseen una trascendencia que supera el mero interés de las partes, ya que los derechos involucrados poseen importancia central para la vigencia de nuestro estado de derecho democrático. En efecto, resulta de interés fundamental que el derecho a un ambiente sano –aquí en juego- sea garantizado. La participación pública y el debate de ideas, al que las organizaciones de la sociedad civil contribuyen activamente, mejoran y fortalecen la institucionalidad democrática del país.

3) Relación de los firmantes con las partes

Cabe destacar que la presentación del *amicus curiae* de ninguna manera constituye un perjuicio para alguna de las partes del litigio ya que, si bien puede favorecer la opinión de una de ellas, nada impide la presentación en ese carácter de otra opinión en sentido contrario. Tampoco restringe o afecta el principio de economía procesal, ya que la posibilidad de actuación del presentante se limita al agregado de la opinión al expediente; además los jueces no están obligados a expedirse sobre todos los puntos del dictamen, ya que la finalidad de este instituto consiste solamente, en aportar más elementos para tomar decisiones de trascendencia pública.

En este caso, los firmantes de este escrito no poseen relación con alguna de las partes, ni han recibido financiamiento o apoyo alguno de las partes, lo que garantiza que la opinión que se emite en el presente no contiene otro interés que colaborar con una mejor dilucidación del caso.

-IV-

ANTECEDENTES DE HECHO

La demanda de amparo ambiental que origina esta presentación, tiene por objeto solicitar a la Secretaría de Recursos Hidrocarburíferos del Ministerio de Energía y Minería de la Nación adoptar las medidas pertinentes tendientes a hacer cesar la contaminación ambiental atmosférica que afecta al sector en que se encuentra emplazada la planta de bioetanol de la empresa Porta Hermanos S.A., cuyo domicilio se denuncia en calle Av. San Antonio Km 4 ½ B° San Antonio – de la Ciudad Capital de la Provincia de Córdoba. A mayor abundamiento, en la demanda se solicita disponer la clausura y cierre definitivo de la

faena, por carecer de habilitación legal, y por no haber concluido de manera integral y previo a su construcción y puesta en funcionamiento con el Procedimiento Administrativo de evaluación de impacto ambiental, de conformidad con los antecedentes que la demanda desarrolla.

Por su parte, el titular de la actividad señala que no requiere las autorizaciones que los amparistas sostienen, dado que no se trata de una actividad de producción de bioetanol, por lo que no se exige la autorización requerida por la ley 26.093, ni tampoco se encuentra obligada a realizar el procedimiento de evaluación de impacto ambiental. Además, niega entre otras cosas que la producción de la empresa sea una actividad que produzca en alguna de sus etapas la emisión de gases tóxicos, o que hubiere producido efectos negativos sobre la salud de la población.

A nuestro juicio, para resolver las cuestiones contenidas en el caso *sub lite*, puede hacerse necesario comprender de mejor manera algunos conceptos ambientales que han sido desarrollados tanto a nivel interno –especialmente constitucional–, así como también conceptos ambientales que han sido desarrollados desde el Derecho internacional. De esta manera, la presentación estará dividida en cinco partes, a saber: 1) El derecho a un ambiente sano. La afectación de este derecho en el caso de marras; 2) La interacción entre el Derecho internacional del medio ambiente y la protección de los derechos humanos a nivel internacional; 3) El deber de debida diligencia en el Derecho internacional general, y en el derecho internacional del medio ambiente, y; 4) Los principios preventivo y precautorio dentro del marco del deber de debida diligencia.

-V-

CONSIDERACIONES DE DERECHO

1.- El derecho a un ambiente sano. La afectación de este derecho en el caso de marras

La reforma constitucional de 1994 introdujo disposiciones explícitas sobre la protección del medio ambiente en el art. 43, incorporando el acervo del Derecho internacional de medio ambiente. Dicho artículo abreva en fuentes del Derecho internacional del medio ambiente, tales como la Conferencia de Estocolmo de 1972 y la Declaración de Río de 1992, incorporando una serie de principios liminares en la materia. Tal como indica J.M. Belisle “[o]tras normas constitucionales (como los arts. 124, 125 y 75 incs. 2, 17 y 19 C.N.),

contienen dispositivos concordantes que aluden al desarrollo y recursos naturales, nociones éstas al parecer antagónicas pero que pueden entenderse complementarias entre sí”.²

El art. 41 de la C.N. constituye una cláusula tuitiva genérica reconociendo a todos los habitantes el derecho esencial a gozar de un ambiente sano, equilibrado y apto para el desarrollo humano. El texto constitucional garantiza el derecho al medio ambiente como de alcance individual, puesto que es reconocido a “todos los habitantes”. La definición que brinda la Constitución de “ambiente sano” tiene relación directa con la Declaración de Río y con la protección del derecho a la salud tutelado en el art. 42 de la Constitución. De tal modo el concepto constitucional de ambiente contenido en la Constitución argentina es amplio, ya que incluye no solo la preservación de elementos naturales como el aire, el agua o el suelo, sino además los elementos construidos por el ser humano (“built environment”). Ambas nociones son relevantes en su aplicación para resolver el caso que nos ocupa, toda vez que las actividades productivas llevadas a cabo por la empresa Porta, tendrían la potencialidad para afectar negativamente tanto los elementos del medio ambiente, sino además la salud de los habitantes de las zonas aledañas como ponen se pone de relieve en la causa.

Especialmente, la Constitución refleja la recepción del principio de desarrollo sustentable puesto que el ambiente debe ser apto para el desarrollo humano y para que las “actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras”. Como indica Ekmekdjian, el art 41 determina claramente la adscripción al desarrollo sustentable como “...aquel que permita al hombre utilizar los recursos del ecosistema sin degradarlo”.³ La incorporación del principio de desarrollo sustentable en el derecho constitucional argentino va más allá del art 41, de modo tal que existe una aproximación transversal al mismo, tal como lo ilustra el art. 75 inc.2, incluyendo referencias al desarrollo humano en los arts. 125 y 75 incs. 17 y 19, y al desarrollo económico-social en el art. 124.

La Constitución Argentina no solo concibe el ambiente como un derecho humano, sino que impone además el deber de preservarlo, que complementa el mandato que recae sobre las autoridades. Pero, además, este mandato constitucional posee aplicación horizontal ya que se impone tanto a los poderes públicos a los

² JM Belisle, “La Regulación Jurídica Del Medio Ambiente En Argentina: Reflexiones Desde El Derecho Constitucional”, en Medio ambiente, cambio climático y derechos humanos (Dike 2011), p. 59.

³ Ekmekdjian, 1995: 641.

que se prescriben ciertas conductas (art. 41 C.N., segundo párrafo) como a los particulares, sean individuos o personas jurídicas.

Otra disposición relevante es aquella que dispone que el daño ambiental genera prioritariamente la obligación de recomponer. Cabe resaltar que la norma constitucional no distingue entre el daño al ambiente ya consumado, y la prevención para evitarlo. La doctrina constitucional en la materia indica que la Constitución no ofrece una visión alternativa, ya que como resalta Esain “[d]e lo contrario se daría la paradoja de que el potencial dañador pueda elegir entre las opciones de dañar y luego cargar con las consecuencias económicas de su actividad por imperio del principio de responsabilidad; o cumplir previamente con las condiciones de la prevención, lo que también le implicará costos, pero que puede que terminen siendo mayores a los de la primer opción”.⁴ Esto equivale a una asunción tácita del principio de prevención, de aplicación en este caso. Mas allá de la prueba indiciaria presentada en la causa relativa al daño ambiental, aun en la hipótesis *in arguendo* que éste no se hubiese producido ello no obsta la responsabilidad de las autoridades públicas competentes de disponer todas las medidas necesarias para evitar la ocurrencia de todo daño. Ello se traduce en la adopción de todas las medidas necesarias para evitar que la actividad productiva en cuestión pueda llegar a provocar daños al medio ambiente o a la salud de los habitantes sin dilación, mediante la realización de la respectiva evaluación de impacto ambiental.

Como es notorio, de acuerdo a la configuración federal del Estado Argentino, en la distribución de competencias entre el Gobierno Nacional y las provincias, éstas conservan todo el poder no delegado en forma expresa a la Nación (art. 121 C.N.), entre ellos el poder de policía (art. 75 inc. 30 C.N.), correspondiéndoles el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio (art. 124). Pero la Constitución atribuye al Congreso nacional la sanción de la llamada legislación común (art. 75 inc. 12º C.N.), correspondiendo a las provincias la aplicación de la misma por sus tribunales y el dictado de normas procesales. En consecuencia, el art. 41 C.N. señala que corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección ambiental, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales.

⁴ JA Esain, (2007). “La constitución sostenible”. En: Adrián Monjeau (editor). Conocimiento para la transformación. Ediciones de la Universidad Atlántida Argentina, Serie MIRA, volumen 2, pp. 158.

El caso que nos ocupa entra de lleno en el asunto del reparto competencial entre la Nación y las provincias. Mas allá de las competencias específicas, hay que resaltar que el carácter expansivo del potencial daño ambiental, que impone tal como lo subraya Belisle “concertación y coordinación, considerando que en la práctica la eventual producción de daños al ambiente suele expandirse a través del territorio, por espacios geográficos que pueden comprender más de una sola jurisdicción”.⁵

A mayor abundamiento, la Ley General de Ambiente No. 25675 de 2002 (en adelante, LGA), determina el bien jurídico protegido, regulando aspectos esenciales como los principios, objetivos y políticas de gestión ambiental. La LGA sienta los presupuestos mínimos de protección del medio ambiente, sobre los cuales se han ido pronunciando los tribunales internos en los últimos años.

La LGA establece los presupuestos mínimos para lograr una gestión sustentable y adecuada del ambiente, la preservación y protección de la diversidad biológica y la consecución del desarrollo sustentable. Pero además, la LGA no solo delimita el bien jurídicamente protegido estableciendo que sus disposiciones son de orden público, (art. 1), sino que además determina estándares de interpretación en línea con el derecho internacional de medio ambiente ya que la LGA debe ser utilizada para la interpretación y aplicación de la legislación específica sobre la materia (art. 3). Esto es aun mas significativo cuando se tiene en cuenta los principios rectores de la política ambiental en Argentina: congruencia, prevención, precautorio, equidad intergeneracional, progresividad, responsabilidad, subsidiariedad, sustentabilidad, solidaridad y cooperación (art. 4).

La LGA establece los presupuestos mínimos para el logro de una gestión sustentable y adecuada del ambiente, la preservación y protección de la diversidad biológica y la implementación del desarrollo sustentable. Entre los principios rectores de la normativa ambiental argentina, se incluyen de manera directa aquellos de raigambre internacional. En particular, la consagración del principio de desarrollo sustentable tal como está definido en el art. 4 de la LGA. Asimismo, de especial importancia para el caso de autos, la LGA contiene la aplicación de los principios precautorio y de prevención, que analizaremos *infra*. En cuanto al daño ambiental, definido como “toda alteración relevante que modifique negativamente el ambiente, sus

⁵ JM Belisle, “La Regulación Jurídica Del Medio Ambiente En Argentina: Reflexiones Desde El Derecho Constitucional”, en Medio ambiente, cambio climático y derechos humanos (Dike 2011), p. 69.

recursos, el equilibrio de los ecosistemas, o los bienes o valores colectivos” (art. 27) la LGA determina la aplicación del principio de responsabilidad (art. 4, LGA). La letra de la disposición es clara en cuanto no solo se refiere al daño ambiental actual, sino que además expresamente menciona efectos degradantes del ambiente futuros. En consecuencia, el responsable generador del daño actual o futuro es responsable de los costos de las acciones preventivas y correctivas de recomposición (art. 29). En el caso específico, tal como lo dispone la LGA (art. 31) en casos de daño ambiental producido por personas jurídicas, la responsabilidad se hace extensiva a sus autoridades y profesionales, en la medida de su participación.

En definitiva, el bloque de constitucional argentino en materia ambiental ha recibido el aporte del derecho internacional del medio ambiente integrado tanto en el texto constitucional como la legislación de desarrollo.

En la faz procedural, la Constitución Nacional consagra el derecho a la previa audiencia pública y la cláusula constitucional del art 43 contempla la legitimación activa para accionar en salvaguarda de los derechos que protegen al ambiente. El derecho a la previa audiencia pública antes de la adopción de decisiones que tienen potencial de afectar a la colectividad. Como afirma Gordillo, en este instituto “confluyen un derecho sustantivo y adjetivo de incidencia colectiva y como veremos también un derecho subjetivo. Al igual que el principio madre del debido proceso en su doble fase adjetiva y sustantiva, lo mismo ocurre con este su desprendimiento, en el derecho de incidencia colectiva y el derecho subjetivo a la audiencia pública”.

La realización de audiencia pública es ineludible en el marco de las causas como la presente que afectan el medio ambiente y la salud, citando a Gordillo “su utilidad práctica ha demostrado ser insustituible, al obligar a las autoridades públicas a escuchar razones y evaluar alternativas antes de tomar decisiones que afectan el medio ambiente o la comunidad en cualquier otro modo”.⁶ Los antecedentes aportados a la presente causa indican claramente que ‘este es uno de esos casos y que el derecho de audiencia pública debe ser respetado durante la tramitación de la causa.

⁶ ibid.

Un claro precedente jurisprudencial en la materia es Matanza-Riachuelo previamente mencionada y referida a daños derivados de la contaminación de la Cuenca Matanza-Riachuelo en la Provincia de Buenos Aires.

Finalmente, en cuanto al acceso a la tutela jurisdiccional para la defensa de los derechos de incidencia colectiva, la legitimación activa en materia medio ambiental en el fuero federal se ha desarrollado a partir de la sentencia Schroder y consolidado a través de Halabi. En Schroder el tribunal afirmó⁷ “el problema de la legitimación de los particulares no debe constituir una verdadera denegación del acceso a la justicia de quienes se ven afectados por una medida estatal. Si la apertura de la jurisdicción no es garantizada [...] ¿qué garantía de juridicidad se ofrecerá a los ciudadanos, si no pueden contar con una auténtica defensa de sus derechos?”⁷ Halabi completo el desarrollo jurisprudencial en 2009 reafirmando la doctrina de las acciones colectivas.⁸

2.- La interacción entre el Derecho internacional del medio ambiente y la protección de los derechos humanos a nivel internacional

El caso de marras se sitúa en el ámbito de las interacciones entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) y el Derecho Internacional del Medio Ambiente (DIMA), cuya relación se remonta a principios del siglo pasado. En efecto, en los albores del derecho internacional del medio ambiente, las cuestiones vinculadas con la protección de la salud humana fueron consideradas como uno de los aspectos centrales en la evolución. A su vez, el disfrute de un medio ambiente sano se ha erigido como un elemento necesario para el goce de los derechos humanos como lo han puesto de manifiesto, entre otros instrumentos internacionales, la Declaración de Estocolmo de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano (1972), la Carta Mundial de la Naturaleza (1982) y la Declaración de Río sobre el Ambiente y la Naturaleza (1992).

En los últimos tres decenios se aprecia una modificación cualitativa en la manera de percibir la relación entre medioambiente y derechos humanos. Desde 1970, la cuestión medioambiental constituye uno

⁷ “Schroder, Juan c/ Estado Nacional-Ámparo”, Cámara Nac. en lo Contencioso-administrativo Cap. Federal, Sala III, 1994. CNFed. CA, Sala III, *Schroder, LL*, 1994-E, 449.

⁸ Ver Centro de <http://www.cij.gov.ar/nota-615-La-Corte-reconoce-accion-colectiva-y- da-alcance-general-a-un-fallo.html>

de los temas principales de la agenda internacional. El principio 1 de la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano de 1972 (en adelante “Declaración de Estocolmo”) consagró el derecho al medioambiente como un derecho de tercera generación, al establecer que el hombre tiene “el derecho fundamental a la libertad, la igualdad y el disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar”. Además, el Informe Brundtland (1987), definió las bases del desarrollo sustentable o sostenible, teniendo en cuenta la protección de los derechos humanos en la consecución del mismo.

Desde el punto de vista del DIDH, el carácter universal, indivisible e interdependiente de los derechos humanos afirmado en la Conferencia de Viena, ha significado un giro en la protección del acceso a un medio ambiente sano como uno de los llamados derechos de tercera generación, lo cual se ha visto reflejado, a su vez, en el constitucionalismo iberoamericano a través de la protección constitucional del ambiente.

Sin dudas, la consagración del principio de desarrollo sustentable o sostenible ha contribuido a afianzar las interacciones entre DIDH y DIMA. De esta manera, las Metas de Desarrollo del milenio (2000) y la Declaración de Johannesburgo sobre Desarrollo Sostenible (2002) acentúan la necesidad de garantizar la protección del medio ambiente al mismo tiempo que se persigue la consecución del desarrollo económico.

La interrelación entre los diversos regímenes de protección también se puede apreciar en la jurisprudencia internacional, como se analizará seguidamente, especialmente en el ámbito de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En efecto, la interrelación entre el DIMA y el DIDH se manifiesta a través de diversas normas de derecho regional de los derechos humanos en el ámbito interamericano, que proporciona un reconocimiento expreso del derecho a un medio ambiente sano.

Específicamente, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, “CADH”) de 22 de noviembre de 1969, compromete a los Estados a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella, incorporando únicamente en el artículo 26 lo relativo al desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales. En ésta, los Estados adquirieron el compromiso de alcanzar el desarrollo integral, bajo criterios de solidaridad y justicia social, de acuerdo con el artículo 26. Pese a que la CADH no contiene

normas expresas sobre el desarrollo sostenible o la tutela al medio ambiente, existe una relación intrínseca entre los artículos 1.1, 4.1 y 5.1 de la CADH y el derecho a un medio ambiente sano.

En el Protocolo en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adicional a dicha Convención (también conocido como “Protocolo de San Salvador”) de 17 de noviembre de 1988, atendiendo a la progresividad en la protección de los derechos humanos, se incluyen los llamados derechos de solidaridad, entre ellos, el derecho a la salud, a la alimentación y a un medio ambiente sano. Así, en el numeral 11 se indica “1. Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos. 2. Los Estados partes promoverán la protección preservación y mejoramiento del medio ambiente”. Asimismo impone a los Estados tener en cuenta la naturaleza progresiva de tales derechos.

Atendiendo a la progresividad de los Derechos económicos, sociales y culturales, ambos órganos del Sistema Interamericano, la Corte y la Comisión Interamericanas de Derechos Humanos han comenzado a reconocer la tutela de los derechos humanos de solidaridad, entre ellos al medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado, paralelamente al reconocimiento y tutela de los derechos de los pueblos originarios.

A la luz de casos concretos, la Comisión y la propia Corte se han ido ocupando progresivamente de la tutela del derecho a un medio ambiente sano. Esta evolución ha sido posible mediante una interpretación sistemática, material y evolutiva, del conjunto de normas del Sistema de Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, considerando tanto los derechos individuales como los derechos colectivos, en particular de comunidades y pueblos originarios. De este modo, en sentencias como *Kawas Fernández v. Honduras* (2009), la Corte ha indicado que la protección del medio ambiente se ubica en el ámbito de la defensa de los derechos humanos. En el supuesto de la especie, la Corte constató una violación de la libertad de asociación (en su dimensión colectiva) de un grupo de ambientalistas que perseguía como fin lícito, la protección de los recursos naturales. A su vez, la protección progresiva del derecho humano al medio ambiente en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos ha adquirido importancia en el caso de los pueblos indígenas. En el caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) *Awas Tingny v. Nicaragua*, la Corte señaló que:

“146. Los términos de un tratado internacional de derechos humanos tienen sentido autónomo, por lo que no pueden ser equiparados al sentido que se les atribuye en el derecho interno. Además, dichos tratados de derechos humanos son instrumentos vivos cuya interpretación tiene que adecuarse a la evolución de los tiempos, y, en particular, a las condiciones de vida actuales. 147. A su vez, el artículo 29.b de la Convención establece que ninguna disposición puede ser interpretada en el sentido de “limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados”.

En este caso, como en otros resueltos por la Corte, se estableció la responsabilidad del Estado por no garantizar el derecho a la propiedad indígena.

En el caso Kawas, la Corte vinculó el carácter universal, indivisible e interdependiente de los derechos humanos, para reivindicar el nexo inescindible entre derechos civiles y políticos, los económicos, sociales y culturales, y los de solidaridad entre los cuales se incluye el derecho al medio ambiente:

“148. (...) existe una relación innegable entre la protección del medio ambiente y la realización de otros derechos humanos. Las formas en que la degradación ambiental y los efectos adversos del cambio climático han afectado al goce efectivo de los derechos humanos en el continente ha sido objeto de discusión por parte de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos y las Naciones Unidas. También se advierte que un número considerable de Estados partes de la Convención Americana ha adoptado disposiciones constitucionales reconociendo expresamente el derecho a un medio ambiente sano. Estos avances en el desarrollo de los derechos humanos en el continente han sido recogidos en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de San Salvador”.

Por lo demás, la Corte ha decidido casos relacionados con daños a la salud derivados de actividades con efectos negativos para el medio ambiente y la salud de las personas. En el caso del Pueblo Indígena de Sarayaku v Ecuador, el Estado demandado había concluido un contrato de explotación petrolera en parte del territorio ancestral de esta comunidad, como consecuencia del cual se desforestó parte del territorio, impidiéndose la circulación a miembros de la comunidad. Ante el incumplimiento reiterado de medidas

adoptadas por la Comisión, la Corte ordenó la protección de la vida e integridad de las personas y la garantía de acceso a la libre circulación.

En el Caso de las Comunidades de Jiguamiandó y del Curbaradó v Colombia, la Corte indicó que, ante el cultivo ilegal de palma africana en las tierras de las comunidades afrodescendientes, y su consecuente deforestación, era necesario que el Estado brindase protección a los miembros de las familias integrantes de esas Comunidades. En el Caso de la Comunidad San Mateo Huanchor v Perú, la Comisión solicitó a la Corte que declarase que los derechos de los miembros de dicha Comunidad habían sido violados por actuaciones y omisiones del Estado, por la grave contaminación de su salud, hogares y medio ambiente a causa de desechos peligrosos mineros vertidos en la Comunidad, por lo que solicitó la reparación del medio ambiente, el suelo, el subsuelo, y el agua afectados por la contaminación de los relaves tóxicos. En el caso de la Comunidad del Pueblo Maya v Guatemala, referido a la concesión de una licencia de explotación minera de oro y plata, sin consulta previa, plena, libre e informada, la Comisión determinó la violación de los derechos a la vida, la salud y el medio ambiente, debido a la contaminación ambiental y riesgo de dejar a las comunidades sin agua para consumo humano.

En el Caso de la Comunidad de La Oroya v Perú, las víctimas sufrieron una serie de problemas de salud (99% de los niños) a consecuencia de altos índices de contaminación de aire, suelo y agua, producto de partículas de metales liberadas por un complejo de empresas metalúrgicas, ocasionados por la falta de atención médica y controles ambientales.

En resumen, la Corte y la Comisión Interamericanas de Derechos Humanos, han sentado criterios para hacer efectiva la tutela judicial de los derechos humanos de la tercera generación, en particular, la protección del derecho humano al desarrollo sostenible, a través de la interpretación evolutiva de las disposiciones de la Convención Americana de Derechos Humanos.

3.- El deber de debida diligencia en el Derecho internacional general, y en el derecho internacional del medio ambiente

En general, el concepto de debida diligencia en el marco del Derecho internacional encuentra su sustento en la responsabilidad que puede tener un Estado frente a una obligación de conducta, en términos tales que frente a la ocurrencia de determinadas situaciones, se debe analizar su actuación para evitar que se produzca el daño. Nace al amparo del propio concepto de soberanía, en términos tales que junto con las facultades que tiene el Estado en su territorio, se reconoce la obligación correlativa de proteger la seguridad de otros Estados, así como también de los sujetos sometidos a su jurisdicción. Bajo esta consideración general, el deber del Estado de actuar con debida diligencia ha sido un concepto cuyo contenido ha sido determinado por el Derecho internacional, y ha sido utilizado en los diversos ámbitos de actuación del mismo, tanto desde la esfera del Derecho Internacional Humanitario, en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el Derecho del Mar, en el Derecho Internacional del Medio Ambiente, entre otras áreas.

Es en esta última esfera en la cual el concepto de debida diligencia ha tenido mayor desarrollo en la práctica de los Estados durante la segunda mitad del siglo XX. Dentro de este desarrollo, se puede sostener que existe acuerdo prácticamente unánime relativo a que la prevención del daño ambiental es una obligación de debida diligencia, sin que ello signifique necesariamente que el daño se vaya a producir.⁹ Lo relevante del caso es que el Estado debe haber adoptado todas las medidas razonables y necesarias para evitar que se produzca el daño ambiental, como por ejemplo podría ser una evaluación de impacto ambiental. Así, en caso que S.S. estime que la actividad que realiza la Empresa Porta Hnos. causa un daño significativo a la salud de la población o al medio ambiente, no solo será la empresa la responsable del daño, sino que el Estado también puede serlo en la medida que no haya actuado con debida diligencia en el cumplimiento de la normativa ambiental, como puede ser el caso de la exigencia de una evaluación de impacto ambiental que tenga como objetivo prever y, en su caso, mitigar o compensar los potenciales daños que la actividad produzca.

Para que el deber del Estado de actuar con debida diligencia se vea cumplido desde la perspectiva del Derecho internacional del medio ambiente y desde el Derecho internacional de los derechos humanos, es necesario dar cumplimiento con los principios preventivo y precautorio, ambos reconocidos en el Derecho internacional y en la legislación nacional y provincial. Tal como lo ha señalado el Tribunal Internacional de

⁹ Malgosia FITZMAURICE: “International Responsibility and Liability”, en Daniel BODANSKY et. al.: The Oxford Handbook of International Environmental Law, Oxford University Press, 2007, p. 1014.

Derecho del Mar, el contenido del deber de debida diligencia puede cambiar a través del tiempo, en función de nuevos conocimientos científicos o tecnológicos, o en relación con los riesgos involucrados en la actividad o proyecto.¹⁰ El deber de debida diligencia, a su vez, conlleva la obligación de efectuar una evaluación de impacto ambiental en aquellos casos que un proyecto o actividad pueda producir impactos significativos en la salud de la población o en el medio ambiente, así como también adoptar un enfoque precautorio al momento de adoptar decisiones relativas a autorizaciones de operación de proyectos, obras o actividades determinadas.

Además, y siguiendo el razonamiento de la Corte Internacional de Justicia en el asunto de las Papeleras sobre el Río Uruguay, el propio principio preventivo tiene su origen en el deber de debida diligencia que, en el caso *sub lite*, quiere significar que el Estado argentino debe adoptar todas las medidas necesarias para proteger la salud de la población y del medio ambiente en la zona de influencia de la planta de bioetanol, lo que involucra no solo el sistema de autorizaciones previo, sino que además, un sistema de monitoreo permanente una vez que se encuentra en funcionamiento.¹¹

De esta forma, se puede sostener que los principios preventivo y precautorio informan el deber de debida diligencia que supone que el Estado –incluidos sus jueces– asumen en relación con la protección del medio ambiente. La cuestión que cabe preguntarse es ¿cómo entonces operan estos principios en las resoluciones judiciales en materia de conflictos ambientales?

Pues bien, la ley 25.675 ya contiene una mención expresa a ambos principios. En el caso del principio preventivo, el artículo 4º inciso tercero dispone que “Las causas y las fuentes de los problemas ambientales se atenderán en forma prioritaria e integrada, tratando de prevenir los efectos negativos que sobre el ambiente se pueden producir”. En el caso del principio precautorio, el inciso cuarto señala que “Cuando haya peligro de daño grave o irreversible la ausencia de información o certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del medio ambiente”. Ambos principios tienen su correlato en la Ley 10.208 de la Provincia de Córdoba, en los artículos 4 letras b) y c) respectivamente. A continuación, analizaremos ambos principios desde la perspectiva de su evolución en el Derecho internacional, y su aplicación al caso en concreto.

¹⁰ ITLOS, Responsibilities and obligations of States sponsoring persons and entities with respect to activities in the Area (Request for Advisory Opinion submitted to the Seabed Disputes Chamber), February 1st, 2011, párrafo 117

¹¹ Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay), Judgment, I.C.J. Reports 2010, p. 14, párrafos 101 y 197

4.- Los principios preventivo y precautorio dentro del marco del deber de debida diligencia

Desde el punto de vista del Derecho internacional, los principios preventivo y precautorio han sido considerados como estructurales del Derecho internacional del medio ambiente. En el caso del primero, su enunciado parte de la premisa relativa a que el Estado tiene la responsabilidad de velar por que las actividades realizadas dentro de su jurisdicción y bajo su control no causen daños al medio ambiente de otros Estados o de zonas que estén fuera de los límites de la jurisdicción nacional (Principio N° 2 de la Declaración de Rio de Janeiro sobre el Medio Ambiente y Desarrollo), cuestión que cobra relevancia en aquellos casos en que parte de las emisiones de la actividad lo constituyan gases de efecto invernadero, como se desprende de la prueba rendida en estos autos. A su vez, desde el derecho interno, el principio preventivo tiene el alcance hacia el territorio del Estado, en términos tales que el Estado tiene la responsabilidad de velar por que las actividades realizadas dentro de su jurisdicción y bajo su control no dañen el medio ambiente ni la salud de la población. De esta forma, contiene un mandato para adoptar las medidas necesarias relativas a la identificación de los riesgos que un proyecto o actividad puede generar en la salud humana o en el medio ambiente, para adoptar las medidas de mitigación o compensación en su caso.

A su vez, el principio preventivo ha fundamentado las legislaciones ambientales en prácticamente todo el mundo, especialmente en materia de instrumentos de gestión ambiental. En este sentido, cobra relevancia para el caso concreto el sistema de evaluación de impacto ambiental como expresión máxima del principio preventivo, reflejado en el artículo 11 de la LGA que dispone que “Toda obra o actividad que [...] sea susceptible de degradar el ambiente, alguno de sus componentes, o afectar la calidad de vida de la población, en forma significativa, estará sujeta a un procedimiento de evaluación de impacto ambiental, previo a su ejecución”.

Cabe consignar que el principio preventivo –al igual que el principio precautorio, según veremos- ha sido incorporado de forma expresa en la legislación nacional y provincial como un elemento para “[l]a interpretación y aplicación de la [LGA]” (Art. 4 LGA), y como garantía para la ejecución y desarrollo de la política ambiental provincial (Art. 4 Ley 10.208 de la Provincia de Córdoba). Además, ha sido reconocido en

términos tales que va más allá de la propia disposición del principio 2 de la Declaración de Rio, al obligar a la autoridad y al juez a atender de forma prioritaria e integrada las causas y las fuentes de los problemas ambientales (Artículo 4º Ley 25.675 y 10.208 de la Provincia de Córdoba).

A su vez, el principio precautorio se encuentra proclamado en el Principio 15 de la Declaración de Rio, y recogido en los mismos términos en la legislación nacional y provincial, según se ha dicho. Como se sabe, el principio precautorio –a diferencia del principio preventivo- contiene un mandato para adoptar decisiones frente a escenarios de incertidumbre científica, cuestión que puede ocurrir ya sea por la novedad de la acción (entendida como proyecto, actividad o tecnología), por la complejidad de las variables que la componen, por una controversia sobre los datos existentes o sobre la falta de algunos datos pertinentes.¹² De esta forma, el principio de precaución ayuda a determinar cuándo un riesgo es suficientemente predecible y serio para requerir una respuesta, sin importar la existencia de pruebas concluyentes,¹³ entendiendo que no siempre se puede basar en la certidumbre científica para determinar medidas de intervención sobre el medio ambiente, y que las consecuencias de no adoptar medidas preventivas con bastante antelación pueden ser irreversibles. En consecuencia, se puede señalar que el principio precautorio contiene cuatro grandes elementos o dimensiones: 1) una amenaza; 2) falta de certeza, en cuyo caso; 3) algún tipo de acción; 4) es obligatoria.

La pregunta que surge a partir de la constatación de la existencia de una amenaza y falta de certeza respecto de la actividad desarrollada entonces, es ¿Qué acciones o decisiones puede adoptar el juez en aplicación del principio de precaución?

Pues bien, una respuesta coherente debe tener como punto de partida el reconocimiento que la legislación hace del principio precautorio. Así, tanto la normativa ambiental nacional como provincial disponen que “cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la ausencia de información o certeza científica no debe utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del ambiente”, de forma que la obligación consiste en identificar medidas

¹² COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS: Comunicación de la Comisión sobre el recurso al principio de precaución, Documento COM(2000) 1, p. 15.

¹³ BIRNIE, P.; BOYLE, A.; REDGWELL, C. (2009): International Law and the Environment, 3rd Edition (Oxford, Oxford University Press), p. 164.

eficaces, aun cuando no especifica qué tipo de medidas se pueden adoptar. De esta forma, y sobre la base del principio precautorio, el juez tiene un margen de actuación relativamente amplio.

Desde la literatura relativa al principio precautorio, se pueden identificar un conjunto de medidas, que en algunos casos tienen que ver con decisiones administrativas, y en otros pueden ser aplicadas por jueces en controversias ambientales. Dentro de estas últimas, podemos mencionar la imposición de **la obligación para quien pretenda desarrollar una actividad económica de acreditar que dicha actividad no resultará en un daño ambiental**, o incluso la **prohibición la ejecución de una actividad o proyecto**.

Estas medidas pueden ser adoptadas por decisión judicial, dentro del marco de sus competencias, en cuyo caso el principio precautorio para amparar esta clase de decisiones en el caso de incertidumbre científica o de falta de pruebas respecto del propio proyecto o actividad a desarrollar, adoptando las medidas que estime pertinentes para determinar el tipo de actividad a que se refiere, así como las autorizaciones con las que deba operar. Desde el punto de vista de la jurisprudencia internacional, se pueden destacar una serie de opiniones separadas a sentencias dictadas en el Tribunal de Derecho del Mar, la Corte Permanente de Arbitraje y la Corte Internacional de Justicia. En el primero de los Tribunales señalados, el juez Rüdiger Wolfrum reconoció que **el principio de precaución tiene como efecto alterar la carga de la prueba**. Así, señaló que en el caso que exista un interés en hacer o continuar una actividad debe probar que dicha actividad no va a resultar en un daño.¹⁴ En la misma línea se pronunció el Juez Árbitro Gavan Griffith en su opinión disidente a la sentencia arbitral pronunciada por la Corte Permanente de Arbitraje en relación con las obligaciones del Convenio OSPAR.¹⁵ Por último, en el asunto de las Papeleras sobre el Rio Uruguay, el juez Greenwood aportó una visión diversa en relación con la aplicación del principio precautorio. En efecto, señaló que la naturaleza de los conflictos ambientales no incide sobre la alteración de la carga de la prueba, sino que sobre el standard probatorio.¹⁶ En efecto, agregó que la aplicación de un alto estándar de prueba en materia ambiental puede tener un efecto de hacer casi imposible cumplir con la carga de la prueba del daño ambiental, en términos tales que el real efecto que puede atribuirse al principio 15 de la Declaración de Rio –y en los mismos

¹⁴ ITLOS, MOX Plant Case, Provisional Measures, Order of 3 December 2001, Separate Opinion of Judge Wolfrum.

¹⁵ PERMANENT COURT OF ARBITRATION: Dispute Concerning Access to Information under Article 9 of the OSPAR Convention (Ireland v. United Kingdom), Final Award, 2 July 2003, Dissenting Opinion of Gavan Griffith QC, párrafo 72.

¹⁶ Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay), Judgment, I.C.J. Reports 2010, Separate Opinion of Judge Greenwood, párrafo 26.

términos a la legislación ambiental nacional y provincial-, es la de rebajar el standard de prueba para quien deba acreditar el riesgo o el daño ambiental.¹⁷ De esta manera, el juez puede considerar que es el Estado el que debe probar que la operación de la planta de Porta Hnos. no produce daño al medio ambiente o a la salud de la población, o bien puede rebajar el estándar general de prueba exigible a la comunidad para acreditar el potencial daño a la salud de la población o al medio ambiente.

Una segunda dimensión de los principios preventivo y precautorio radica en la determinación como elemento de interpretación normativa. Con carácter general, no resulta complejo definir la precaución como un principio general de derecho, que si bien puede no estar creado necesariamente para ser una regla jurídica, puede ejercer una influencia relevante en materia de interpretación, aplicación y desarrollo de otras reglas de derecho, de la misma manera que pueden hacerlo otros principios ambientales, como por ejemplo el de desarrollo sostenible.

Por último, el principio precautorio puede servir como elemento de interpretación de otras normas del ordenamiento jurídico, tanto a nivel de tratados como a nivel de normas internas. A modo de ejemplo, la Corte Internacional de Justicia señaló que el principio precautorio puede servir para interpretar el Estatuto del año 1975.¹⁸ En la misma línea de razonamiento, el principio precautorio constituye un elemento de interpretación de normas oscuras o ambiguas, o de integración para llenar un vacío que contenga la legislación ambiental de que se trate.

Proveer de conformidad

SERA JUSTICIA

¹⁷ BIRNIE, P.; BOYLE, A.; REDGWELL, C. (2009): International Law and the Environment, 3rd Edition (Oxford, Oxford University Press), p. 154 y 157.

¹⁸ Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay), Judgment, I.C.J. Reports 2010, p. 14, párrafo 164.